

# Revista Jurídica

Ano XLV — Nº 231 — Janeiro de 1997

## Repositório Autorizado de Jurisprudência:

- Supremo Tribunal Federal - SDI Nº 003/85
- Superior Tribunal de Justiça - Nº 09/90
- Tribunal Regional Federal 1ª R. - Nº 05/92
- Tribunal Regional Federal 4ª R. - Nº 001

### FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquel

### DIRETORES

Luiz Antônio Coutinho Paixão  
Luiz Antonio Duarte Aiquel  
Marco Antônio Coutinho Paixão

### EDITOR CHEFE

Walter Diab

### CONSELHO EDITORIAL

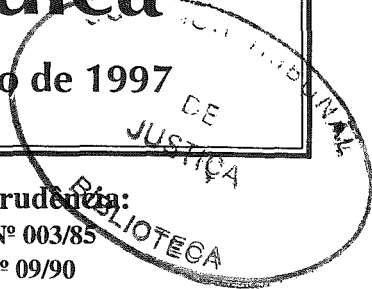
Antônio Janyr Dall'Agnol Jr. - Araken de Assis  
Fábio Luiz Gomes - Ovídio Araújo Baptista da Silva  
Sérgio Gilberto Porto

### COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover - Adhemar Ferreira Maciel  
Alexandre R. Atheniense - Antonio Chaves - Antonio de Pádua Ribeiro  
Antônio Vital Ramos de Vasconcelos - Aristóteles Atheniense - Arnoldo Wald  
Athos Gusmão Carneiro - Cândido Rangel Dinamarco - Carlos M. S. Velloso  
Cláudio Santos - Cristiano Paixão Araújo Pinto - Eli Alves Fortes - Elício de Cresci Sobrinho  
Elísio de Assis Costa - Eulámpio Rodrigues Filho - Felon Teodoro Reis  
Fernando da Costa Tourinho Filho - Francisco de Assis Toledo - Francisco Norival Fraga do Couto  
Gelson Amaro de Souza - Geraldo Batista de Siqueira - Geraldo Gonçalves da Costa  
Gerson Fischmann - Heráclito A. Mossin - Hugo Nigro Mazzilli - Humberto Theodoro Júnior  
Ilmar Galvão - J. Nascimento Franco - Jayme Piterman - José Henrique Pierangelli  
Luís Paulo Sirvinskas - Luiz Vicente Cernicchiaro - Negi Calixto - Ney Fayet  
Orlando de Assis Correa - Osmar Brina Correa Lima - Paulo Cesar Salomão - Paulo Cesar Scanavez  
Paulo Roberto S. da Costa Leite - Pedro dos Santos Barcelos - Raimundo Gomes da Cruz  
S.O. Castro Filho - Sálvio de Figueiredo Teixeira - Sérgio Resende - Sydney Sanches  
Theotônio Negrão - Tupinambá Miguel Castro do Nascimento - Voltaire Marensi  
Wagner Guerreiro - Washington de Barros Monteiro - Washington Epaminondas Barra

### CONSULTORES

Área Cível: Consultoria Interna  
Área Criminal: Dr. José Francisco Oliosi da Silveira



P  
R. Jurd  
m. 231/ex. 2  
1997

## REINCIDÊNCIA

**Luiz Vicente Cernicchiaro**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e  
Professor Titular da Universidade de Brasília

A reincidência está definida no art. 63 CP. Incluída no rol das circunstâncias agravantes. A Teoria Geral do Delito não pode ser olvidada na interpretação de qualquer instituto penal. O Direito Penal da culpa confere ao elemento subjetivo, portanto, à conduta, significado antes desconhecido. A culpabilidade, de outro lado, no sentido de reprovabilidade ao agente, impõe rever conceito de temas, ainda que tradicionais no Código.

O entendimento repetido confere à reincidência interpretação meramente objetiva, ou seja, basta ocorrer o segundo crime, nas circunstâncias do art. 63, para implicar aumento de pena.

Urge rever essa colocação.

A Constituição da República estatui para cada infração penal a respectiva sanção, obediente sempre à lei em sentido formal.

E mais. Aplicada a pena ao caso concreto, o que se faz na sentença, encerra-se o poder punitivo do Estado, em termos de dimensionamento do crime *in concreto*. Resta somente a possibilidade da execução.

Cada infração tem a pena correspondente. Não pode haver duplicidade. Vale dizer, o mesmo delito ser punido várias vezes, ou a sanção de um estender-se a outro. Seria, sem dúvida, *bis in eadem* odioso.

Interpretar o art. 63, considerando somente a pluralidade de infrações, vale dizer, dado exclusivamente objetivo, implica a pena de um crime projetar-se em outro crime.

Impõe-se, paralelamente, indagar a culpabilidade (reprovabilidade) do agente. A pena aplicada é síntese das características objetivas e subjetivas da infração penal. E porque indissociáveis, projetam-se conjuntamente.

A reincidência integra a pena. As agravantes descrevem a biografia do réu; resumem, por isso, parte do todo. E o todo — infração penal — além do dado objetivo, encerra também o dado subjetivo.

Não chego ao ponto de proclamar a inconstitucionalidade do art. 63. Reclamo, entretanto, interpretação no contexto em que é posto.

A agravante majora a sanção in concreto. Para tanto, leva em conta o fato e o agente do fato. E o fato delituoso projeta personalidade, característica individual.

Só há uma forma de conciliar, no particular, à Constituição: conjugar os crimes. A reincidência somente poderá agravar a pena se entre os delitos houver conexão que recomende recrudescer a *sanctio iuris*.

Não obstante, modernamente, raciocinar-se com o Direito Penal do fato, o autor é o seu grande protagonista.

Em princípio, em termos de culpabilidade, que significado entre uma lesão corporal culposa, acidente de trânsito e a injúria irrogada em discussão mais acesa?

Não será diferente se os ilícitos evidenciarem inclinação para o crime, insubordinação contumaz do agente às normas de convivência social?

Se a segunda infração não projeta maior culpabilidade, por que majorar a pena?

O juiz precisa auscultar a hipótese sub judice, considerá-la com a anterior e extrair, então, os termos de culpabilidade, se evidencia, por exemplo, tendência para a criminalidade.

Não se pode identificar criminalidade ocasional com criminalidade permanente, ou propensão para a criminalidade.

A reincidência, assim, não é imperativo de aumento, baseada em dados meramente objetivos. Afetaria até o princípio da individualização da pena.

Não faz sentido a cominação ofertar grau mínimo e grau máximo, e a agravante não ensinar oportunidade de análise específica.

A reincidência, assim, há de ser analisada pelo juiz; decidirá ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena.

A Itália, desde 1974, modificou a redação do art. 99 do Código Penal: aboliu qualquer forma de reincidência obrigatória, introduziu a regra da reincidência facultativa.

Só assim ter-se-á, materialmente, o Direito Penal da culpa.

O recente Código Penal português (DL 48/95) segue a mesma rota. O art. 75º. 1, como pressuposto, reclama: "...se de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar, por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime".

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, em dissertação de mestrado, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — "A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade", 1995, deixa expresso que a majoração da pena "só poderá acontecer quando em relação àqueles comportamentos anteriores se pode dizer que contribuem para caracterizar uma personalidade" (pág. 669). E invoca a lição do sempre festejado FIGUEIREDO DIAS, referindo-se à conduta anterior: "Não deve pesar na medida da pena (...) a não ser que ela tenha uma conexão estrita e inquestionável com o facto" (pág. 670, nota de rodapé 199).

Às considerações invocadas são ajustáveis ao Código Brasileiro, o texto, sem dúvida, impõe ponderar a condenação anterior. Afaste-se, todavia, a mera interpretação literal. A lei deve ser analisada segundo princípios, momento de um sistema. O juiz tem a nobre missão de fazer a tradução sistemática, atualizar, se necessário, a norma posta pelo legislador. A não ser assim, os tribunais poderão ser substituídos por um programa de computador! O magistrado por uma tecla! Costumo dizer: a lei não envelhece. O intérprete, este sim, muitas vezes, não percebe que o Direito, como bem cultural, modifica-se dia-a-dia, e a lei segue o destino do Direito!